

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LEYES

Juan Manuel ACUÑA*

SUMARIO I. *Introducción.* II. *Razones que sustentan la especial relevancia de la justificación de las decisiones judiciales.* III. *Las complejidades del proceso de justificación.* IV. *Complejidades adicionales. Las opciones valorativas.* V. *Análisis del caso.* VI. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, intentaré ofrecer algunas ideas en relación con un aspecto considerado medular en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, consistente en la labor de justificación de las decisiones resultado de tal labor, entendiendo por justificación, el procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones¹ para determinar si la decisión fue racional, es decir, si es justificable de acuerdo a una argumentación apropiada² y lo haré, refiriéndome especialmente al control que se realiza sobre leyes restrictivas de derechos fundamentales.

Para cumplir tal cometido, dedicaré la primera sección del trabajo a dar algunas razones que apuntalen la importancia de la justificación de las decisiones judiciales en el marco del control jurisdiccional de leyes,

* Universidad Panamericana. Campus, México, D. F.

¹ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999. p. 71.

² Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. trad. de Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2001, p. 46.

tomando como punto de partida, la pesada carga que esta función implica para el Poder Judicial, en atención al supuesto déficit democrático o de legitimidad del que adolece dicho poder para llevar adelante esta tarea.

En segundo lugar, ofreceré algunas ideas acerca del marco conceptual de la justificación de las decisiones judiciales en el ámbito mencionado, haciendo énfasis en las dificultades que se presentan al juez constitucional.

Luego, haré mención a otra serie de dificultades que ya no se refieren de manera directa al proceso argumentativo de justificación sino a las complejidades valorativas que acechan al juzgador al realizar el control de leyes y que, de modo ineluctable, afectan el proceso de justificación.

Por último, analizaré sintéticamente, un caso de la jurisdicción mexicana referido a libertad de expresión, el amparo 2676/2003, más conocido como el caso del poeta maldito, caso que motiva la ponencia que hoy presento, y procederé a dicho análisis deteniéndome especialmente en las justificaciones ofrecidas por la mayoría y la minoría, pues estas dos diferentes justificaciones, ofrecen un claro ejemplo, en el caso de la minoría, del camino seguro para el juez, y por el contrario, la justificación ofrecida por la mayoría, representa un claro ejemplo de la forma en la cual, las dificultades a las que aludiré, en ocasiones se imponen.

Para tal análisis, me abstendré de realizar una valoración del poema en cuestión, ni realizaré una defensa del poeta y, en consecuencia, de su derecho a expresar sus conceptos en torno a la bandera, tampoco atacaremos el sentido de la decisión. Para los fines de este trabajo, nos abstendremos de realizar un análisis sobre la justicia o injusticia de la decisión. Partiendo de la distinción entre decisión y justificación; a lo largo de nuestro estudio, analizaremos el razonamiento que precede a la decisión, es decir, el proceso de elección de las premisas, los argumentos empleados y las inferencias realizadas, en síntesis, nos avocaremos al estudio de la justificación de la decisión.

II. RAZONES QUE SUSTENTAN LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Afirma Manuel Atienza que: “en el derecho, hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando provienen de órganos públicos), puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones... argumentar y decidir son fa-

cetas de una misma realidad”.³ Sin embargo, el autor señala que esta necesidad de argumentar, es decir, de dar razones, no siempre fue entendida como una exigencia en el ámbito del derecho continental.⁴ ¿Por qué razón entonces ahora si es, la justificación de las decisiones judiciales, un tema central en la reflexión jurídica actual?, ¿por qué la justificación racional se presenta para los órganos jurisdiccionales como un imperativo insoslayable?

Estas preguntas han sido contestadas desde diferentes perspectivas y aduciendo diversas razones, fuertes cada una de ellas. A continuación, presentaremos sucintamente algunas de las respuestas ensayadas.

En primer lugar, cabría afirmar que los cambios epistémicos producidos en el derecho por el proceso de debilitamiento de las posiciones positivistas ideológicas, han motivado, entre otras cosas, que el criterio de legitimación de las decisiones judiciales ya no recaiga en el concepto de autoridad, por lo menos no de modo exclusivo. La decisión requiere ser, además, razonable,⁵ deben ir acompañadas de razones que la justifiquen de acuerdo a normas del sistema, o si se quiere, a normas aceptadas y reconocidas, que además, sean articuladas de modo correcto.

Siguiendo esta idea, la justificación de las decisiones judiciales que recaen sobre situaciones o normas sujetas a interpretaciones diversas por su carácter problemático, resulta indispensable para tornarla aceptable. Resulta insuficiente que aceptemos una decisión sólo porque la misma provenga de una autoridad competente, requerimos, conocer las razones que la impulsan y sostienen, para de ese modo, eventualmente aceptarla.⁶

De acuerdo a otra posición de similar cariz, la justificación racional de las decisiones, está ligada al concepto mismo de democracia. Si aceptamos que en última instancia, la esencia de la democracia consiste en la capacidad de los individuos para influir en las decisiones públicas, es necesario entonces que las personas conozcan las razones que justifican esas decisiones para participar en el diálogo y, además, poder controlar a los poderes públicos que las adoptan.⁷ En tal sentido se pronuncia Cian-

³ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 61 y 62.

⁴ *Idem*.

⁵ Cabra Apalategui, José Manuel, “Argumentación jurídica y racionalidad”, *A. Arnio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 52.

⁶ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 3, p.66

⁷ Cabra Apalategui, José Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 51.

ciardo cuando afirma que “la interpretación que funciona sin importar las razones, está basada sólo en la autoridad. Pero esta clase de interpretaciones no satisface las expectativas profundas que se encuentran presentes en una democracia porque el concepto íntegro de democracia presupone medios para evaluar con un sentido crítico, los puntos de vista interpretativos concernientes al orden jurídico”.⁸

En tercer lugar, y en el marco del Estado Constitucional, se ha superado el criterio exclusivista de validez formal imperante durante mucho tiempo por las influencias de una teoría del derecho paleopositivista. La validez de una norma no depende sólo de su adecuación a las normas que regulan la producción normativa. Además de esta racionalidad formal apuntada, cuyo producto es una norma dotada de validez formal o vigencia, se requiere recurrir a un concepto de validez sustancial de acuerdo al cual, una norma es válida del sistema, además, si se dicta respetando los contenidos sustanciales impuestos por las normas iusfundamentales.⁹ La validez de una norma, depende entonces de la coherencia de dicha norma con las normas sustanciales sobre su producción.¹⁰ Siguiendo estas ideas, si tomamos en consideración, que sobre todo en materia de derechos fundamentales, las decisiones no resultan indubitables ni vienen impuestas de modo mecánico, sino que por el contrario y debido a la textura abierta de los enunciados normativos que los contienen, las decisiones suelen ser controvertibles, la justificación de las decisiones judiciales en el marco del Estado constitucional, resulta impuesta por cuanto, es una forma de explicitar la adecuación material con aquellas normas dadoras de validez sustancial. Debido a la zona de penumbra que suele rodear a los enunciados de normas iusfundamentales, y no existiendo un resultado interpretativo único, la adecuación material de la decisión, o de la norma impugnada en el caso del control constitucional de leyes, debe ser explicitada a través de la expresión de las razones por las que se otorga a la norma interpretada determinado contenido y no otro. Digamos que la justificación es una prueba de la validez sustancial de una norma y de la corrección interpretativa a la luz de los contenidos iusfundamentales.

⁸ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma-Universidad Austral, 2004, p. 115.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002, pp. 20 y 21.

¹⁰ *Idem.*

Además de las razones expuestas, propondremos otra, vinculada a la cuestión de la legitimidad del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Un debate aún abierto, es aquel que tiene como eje central el llamado carácter contramayoritario del Poder Judicial. El debate cifra en lo siguiente: en la actualidad, debido al desarrollo y aceptación de la justicia constitucional, el Poder Judicial o los tribunales constitucionales están habilitados para decidir en última y a veces única instancia, aquello que la Constitución autoriza o desautoriza en los más diversos temas: derechos fundamentales, economía y conflictos competenciales verticales y horizontales entre otros temas. La objeción que se suele apuntar consiste en que en un sistema democrático, un cuerpo con una legitimidad democrática de segundo orden o indirecta, puede enmendar la plana a los poderes que gozan, en principio, de un mayor grado de legitimidad democrática.¹¹ Esto resulta para algunos contraintuitivo y les ha llevado a interrogarse acerca del lugar donde debería anclarse la legitimidad que la justicia constitucional necesita en un sistema democrático. Se han ensayado múltiples respuestas que no viene al caso analizar aquí. Lo que si diremos es que, ninguna de ellas está exenta de críticas y flancos débiles. Esto ha llevado a algunos a interrogarse acerca de la posible vacuidad del planteamiento de la objeción contramayoritaria. Otros, en cambio han comenzado a aceptar la imposibilidad de una legitimidad *ex ante* y a sondear las posibilidades de construir una legitimidad en función de la aceptación de sus resultados. Sin pretender agotar esta discusión, y dejando abierta la puerta a la necesidad de trabajar el controvertido tema del carácter contramayoritario de la justicia constitucional, diremos que esa falencia democrática congénita no representa un obstáculo para generar un grado de “legitimidad de ejercicio”¹² a través de sus actuaciones. Para lograr tal legitimidad, la justificación que tiende a generar aceptación y control sobre la decisión, resulta fundamental para afianzar el papel de la justicia constitucional en un sistema democrático. Debemos aclarar en este punto que la supuesta falta de legitimidad democrática no sólo se puede sostener cuando el Poder Judicial declara inconstitucional una ley

¹¹ Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 13.

¹² Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (coords.) *Jueces y derecho*, México, Porrúa, UNAM, 2005, p. 414.

por considerarla contraria a la Constitución, sino, además, cuando actuando con excesiva deferencia hacia el legislador, desoye lo establecido por el Constituyente en el texto fundamental.

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, la justificación de una decisión resulta impuesta a los juzgadores por diversos motivos que podrían sintetizarse de la siguiente manera. 1. El abandono del criterio de autoridad como único o principal sostén epistemológico de las decisiones. 2. La explicitación de razones adecuadas resulta impuesta en el marco de una sociedad democrática. 3. La justificación es indispensable en el marco del Estado constitucional de derecho como una forma de testear la validez sustancial de la decisión judicial y 4. La adecuada justificación en el control de constitucionalidad de leyes, permite abonar en pos de la legitimidad por vía de ejercicio del Poder Judicial.

III. LAS COMPLEJIDADES DEL PROCESO DE JUSTIFICACIÓN

La aplicación del derecho tiene por objeto generar una decisión que sea correcta a la luz de un sistema jurídico dado.¹³ En consecuencia, el juzgador debe adoptar una decisión aplicativa de derecho de acuerdo a las coordenadas establecidas por una premisa normativa y una premisa fáctica.¹⁴ En esta labor, se suele distinguir, gracias a las aportaciones de Wróblewski, dos fases,¹⁵ la justificación interna y la externa. La justificación interna o de primer orden¹⁶ se refiere a la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está justificada internamente si se infiere de sus premisas de acuerdo a las reglas de inferencia aceptadas.¹⁷ La justificación interna refiere a un razonamiento deductivo realizado a partir de una premisa normativa y una premisa fáctica o cognitiva.¹⁸ Podríamos representar esta clase de justificación mediante el siguiente enunciado: *La decisión D. está justificada en relación a un conjunto de premisas P si, y sólo si, se deduce lógicamente de P.*¹⁹

¹³ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 278.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 2, p. 52.

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 13, p. 278.

¹⁹ Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 207.

La justificación externa o de segundo orden, se refiere a la racionalidad externa de la decisión, alude a la fundamentación de las premisas que sirven de base a la decisión.²⁰

Sin embargo, en materia de control jurisdiccional, el esquema descrito no permite explicar en completitud el razonamiento justificatorio de un juez constitucional que debe confrontar dos normas, una de rango constitucional y otra de rango legal para verificar la adecuación de ésta a aquélla en atención a los contenidos iusfundamentales.

En el ámbito del control jurisdiccional y, más particularmente, en relación con el control del contenido de la legislación, este esquema se presenta como insuficiente. En primer término, la premisa menor no posee carácter fáctico sino normativo.²¹ En estos casos, la tarea del juez constitucional es averiguar si existe una antinomia entre la norma constitucional y la norma legal²² que, en caso de constatarse, se resolvería mediante la aplicación del principio de razonabilidad²³ o proporcionalidad,²⁴ de acuerdo al cual, el juzgador investigará si la norma legislativa ha transgredido una norma adscrita al texto constitucional²⁵ atendiendo a la necesaria conexión entre proporcionalidad y contenido esencial del derecho fundamental en cuestión²⁶ de modo que: *si la medida M afecta el contenido esencial del derecho fundamental DF entonces la medida legislativa es desproporcionada.*²⁷

Pero el esquema simple de operación del control judicial de constitucionalidad de las leyes descrito hasta aquí, tampoco permite dar cuenta de la operación de los jueces constitucionales, por lo menos no en su totalidad. Sucede que es frecuente que la norma que compone la premisa menor del razonamiento, y cuya adecuación al texto constitucional debe ser enjuiciada, pueda ser interpretada a la luz de diversos principios constitucionales posiblemente contradictorios entre sí. Aquí se presenta para el juez una labor de complejidad gradual, consistente en la determi-

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 13, p. 281.

²² *Ibidem.*

²³ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 8, p. 31.

²⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 498.

²⁵ *Ibidem*, p. 497.

²⁶ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 8, p. 97.

²⁷ *Ibidem*, p. 98

nación de la premisa mayor, es decir, de la norma iusfundamental que regulará el caso. Nuevamente se debe recurrir a la ponderación, cuya aplicación resulta necesaria si aceptamos en primer término, que en la Constitución no existen jerarquías internas y, segundo, que los principios son mandatos de optimización.²⁸

Debido a las características de las Constituciones actuales, portadoras de principios y valores tendencialmente contradictorios, la elección de las premisas mayores del razonamiento resulta labor compleja. Ésta es, quizá, la tarea más desafiante: fundamentar las premisas.²⁹ En tal sentido, apunta Alexy que las dificultades en la determinación material no sólo obedecen a la apertura estructural y semántica de las disposiciones iusfundamentales sino también, el carácter de principios —y agregamos— tendencialmente contradictorios, lo que implica, como señalábamos, la necesidad de ponderación.³⁰

A las dificultades reseñadas se agrega una más, referida al grado de racionalidad que concede al proceso argumentativo del juez el principio de proporcionalidad.

Se ha afirmado que la ponderación no permite obtener una respuesta válida aplicable a todo supuesto de conflicto³¹ y que no se trata de un procedimiento que conduzca en cada caso a una única solución.³² Incluso se ha dicho que la ponderación supone una fuerte dosis de discrecionalidad que lleva al judicialismo y en definitiva a la preeminencia de un poder elitista y no democrático.³³ Ciertamente es también, que la ponderación conlleva una cuota importante de valoración y discrecionalidad,³⁴ pero se trata de una operación conformada por ciertos cánones y en consecuencia controlable³⁵ y que nos indica qué se debe fundamentar para resolver un conflicto constitucional, para lo cual se debe: justificar los enunciados de preferencia en favor de un principio u otro, ello, en función de un grado

²⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

²⁹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 13, p. 279.

³⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 28, p. 525.

³¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 191.

³² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 28, p. 525.

³³ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 31, p. 206.

³⁴ *Ibidem*, p. 205.

³⁵ *Ibidem*, p. 204.

de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien contrario.³⁶ Para finalizar este apartado, diremos con Prieto Sanchís: “Que exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el palpito o la corazonada. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalidad que opera como garantía última de racionalidad”.³⁷

Normalmente, en la labor de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, el esquema de justificación que se presenta al juez es complejo y la elección de la premisa mayor que controlará el caso se presenta como la tarea más desafiante, no sólo por las razones apuntadas, sino porque además, las valoraciones del juzgador, ejercerán un peso significativo.

IV. COMPLEJIDADES ADICIONALES. LAS OPCIONES VALORATIVAS

Tal como hemos venido comentando, la justificación no es tarea sencilla. En tal escenario, adjudicamos una complejidad mayor a la selección de la norma iusfundamental que determinará el caso. Esta es una labor ciertamente valorativa en función de cuestiones ya apuntadas y la ponderación no erradica dicho margen de valoración. En nuestra opinión, establece cauces para que dicha actividad valorativa esté sujeta a cánones y, en definitiva, la premisa seleccionada sea una premisa del sistema. Como una forma de ir aproximándonos al tratamiento del caso a partir del cual pretendemos testear las ideas expuestas, utilizaremos al derecho a la libertad de expresión como terreno a partir del cual exponer las opciones valorativas que se presentan para el juzgador en materia de derechos fundamentales y que pueden afectar el proceso de justificación.

El derecho a la libre expresión de ideas ocupa un lugar central en el marco de un sistema democrático, esta es una idea pacífica sobre la que existe, se podría afirmar, un alto grado de consenso. Nadie podría suscribir el ideal democrático y, al mismo tiempo, desconocer ese lugar toral a la libertad de expresión, so pena de incurrir en un grave problema conceptual.

³⁶ *Ibidem*, p. 206.

³⁷ *Idem*.

A esta noción alude Bovero cuando afirma que la democracia se sostiene sobre la base de cuatro precondiciones; la libertad personal, la libertad de expresar, manifestar y difundir el propio pensamiento, la libertad de reunión y la libertad de asociación. El carácter de precondiciones viene dado por asumir que la falta de garantía institucional de las mismas, impediría la existencia de la democracia misma.³⁸

Sin embargo, parecería que, sentado este acuerdo, se comenzarían a difuminar las coincidencias, pues como apunta Carlos Nino, no resulta tan evidente en dónde se fundamenta ese carácter central que concedemos a la libertad de expresión.³⁹

Mediante un esquema de interesante articulación, Rosenfeld nos ofrece cuatro justificaciones filosóficas para la libertad de expresión. En primer lugar, menciona a la justificación basada en la democracia, consistente en comprender que, sin la libertad para comunicar y recibir libremente las ideas, los ciudadanos no pueden autogobernarse democráticamente. Menciona en segundo lugar, una justificación basada en el contrato social, similar a la anterior, pero con la sensible diferencia consistente en que en el marco de esta justificación, no es posible excluir *ex ante*, ninguna visión que pudiera resultar incompatible con la democracia.

En tercer lugar, ubica a la justificación basada en la búsqueda de la verdad de acuerdo a la cual el descubrimiento de la verdad es un proceso que descansa en la discusión desinhibida que discurre a partir del juicio y error de los argumentos.

Por último, existe, de acuerdo al autor, una justificación que se apoya en la noción de autonomía y de acuerdo a esta, la autonomía individual y la dignidad, exigen la protección de todas las formas de expresión.⁴⁰

De modo desprevenido, podríamos considerar que el punto de partida desde el cual fundamentemos a la libertad de expresión y su centralidad resulta inocuo de cara a su protección, sin embargo Rosenfeld advierte y con razón, que “cada una de estas justificaciones atribuye un diferente grado de legitimidad a la libertad de expresión. Además, las diferentes

³⁸ Bovero, Michelangelo, *Una gramática para la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova, Madrid, Trotta, 2002, pp. 49 y 50.

³⁹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 260.

⁴⁰ Rosenfeld, Michel, “La filosofía de la libertad de expresión en América”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 238 y ss.

versiones de cada justificación representan cambios en los contornos que separan el discurso que exige protección del que puede ser constitucionalmente restringido”.⁴¹ De ese modo, explica que la justificación basada en la búsqueda de la verdad, ofrece un marco de protección más amplio que aquellas justificaciones basadas en la democracia o en el contrato social puesto que incluiría discursos no sólo vinculados a ideas políticas, sino además, aquellos vinculados a expresiones artísticas y, en definitiva, a todo discurso, del más variado talante, que colabore, a juicio del intérprete, al descubrimiento de la verdad.⁴² Asimismo, la libertad de expresión alcanzaría el más alto grado de protección, si fuese fundamentada en la autonomía personal por cuanto toda clase de expresiones, a la sazón, pornográficas, de odio, etcétera, es decir, las expresiones más extremas, pueden “ser el producto de la necesidad de la autoexpresión”.⁴³

Las lúcidas observaciones de Rosenfeld permiten apreciar con claridad de que modo, las diversas opciones valorativas pueden afectar el grado de protección de un derecho fundamental, en este caso, la libertad de expresión. Justamente, las divergencias filosóficas comentadas, han motivado severas fluctuaciones en la protección de la libertad de expresión y, consecuentemente, en el establecimiento de límites y restricciones al ejercicio de este derecho.

La influencia de las distintas opciones valorativas que subyacen a la labor interpretativa y al proceso de justificación resulta aumentada debido al laconismo de ciertos textos constitucionales que no son explícitos en relación con los baremos restrictivos más generales. Sin embargo, en ocasiones, el alto grado de indeterminación de las normas constitucionales se ve morigerado, aunque sea en grado mínimo. Tal es el caso de México en donde las libertades de expresar y publicar ideas, se encuentran restringidas, considerando como discursos no amparados por estos derechos, a aquellos que afecten a la moral, los derechos de terceros, la vida privada, la paz pública, perturben el orden público o provoquen la comisión de algún delito. En tal sentido, el juez constitucional mexicano encuentra que sus actividades interpretativas y argumentativas, se encuentran de algún modo flanqueadas y amén de persistir un amplio margen valorativo y una significativa indeterminación textual, las posibilidades

⁴¹ *Ibidem*, p. 238.

⁴² *Ibidem*, p. 240.

⁴³ *Ibidem*, p. 241.

restrictivas se encuentran, en un cierto sentido, limitadas y, el proceso de justificación, incardinado. En la sección siguiente analizaremos la resolución que negó el amparo a Sergio Hernán Witz y principalmente, nos avocaremos al análisis de las justificaciones realizadas por los ministros de la mayoría y de la minoría.

V. ANÁLISIS DEL CASO

El 5 de octubre de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió el amparo en revisión 2676/2003, impetrado por el señor Sergio Witz Rodríguez, autor de una pieza literaria en la cual se refirió, en términos ciertamente heterodoxos y para muchos irrespetuosos, a la bandera nacional. El planteamiento central en el cual se sustentaba el amparo consistió en que el artículo 191 del CPF,⁴⁴ en virtud del cual se había sujetado a proceso al poeta era contrario a la libertad de expresión y a la libre publicación de las ideas ambos, derechos fundamentales previstos en la carta magna mexicana.⁴⁵

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió, en decisión dividida de tres votos contra dos, declarar la constitucionalidad de la norma impugnada y, en consecuencia, no amparar al poeta.⁴⁶ Hasta aquí, una breve síntesis de los hechos.

La Constitución establece en sus artículos 6o. y 7o. los derechos a la libre expresión y publicación de las ideas. Asimismo, el Constituyente mexicano estableció una serie de restricciones directamente constitucionales a través de cláusulas restrictivas expresas y directamente constitu-

⁴⁴ Artículo 191 CPF: “Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos, o ambas sanciones ajuicio del juez”.

⁴⁵ Artículo 6o. CPEUM. “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Artículo 7o. CPEUM. “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad, puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz públicas. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito”.

⁴⁶ Amparo en revisión 2676/2003, p. 131.

cionales y restricciones indirectamente constitucionales a través de cláusulas de reserva⁴⁷ aplicables a los mencionados derechos.

De acuerdo al texto constitucional, no gozarán de protección, aquellas expresiones que conlleven; un ataque a la moral, a los derechos de terceros, a la vida privada, que provoquen un delito o perturben el orden público o la paz pública.

Estas restricciones, que limitan los derechos a la expresión y publicación de las ideas, delimitan también la actividad legislativa que se desarrolle a partir de la labor de desenvolvimiento de la normativa constitucional. Así, informa al legislador que aquellas normas restrictivas que produzca en materia de libertad de expresión de las ideas y su publicación sólo podrán discurrir en el campo de las restricciones constitucionales.

Pero además, las restricciones comentadas son también una guía ineludible para el juez constitucional que debe resolver acerca de la constitucionalidad de una ley que pudiera afectar el derecho de expresión. Es decir, el test de constitucionalidad al que un juez constitucional debe someter una ley atacada de inconstitucionalidad está dado, entre otras cosas, pero principalmente, por las restricciones constitucionalmente autorizadas y en tal caso, el juez constitucional se encuentra sometido a estas restricciones ante las cuales, por respeto al Constituyente, debe ceñirse.

En el caso, este fue el camino seguido por la minoría. En su voto, argumentó, por qué el delito de ultraje a los símbolos nacionales, no resulta en una plasmación correcta de las restricciones constitucionales a la libertad de expresión.⁴⁸ Sometiendo la norma impugnada al juicio de razonabilidad, concluyó que el artículo 191 del CPF es inconstitucional porque sanciona conductas que no pueden relacionarse con la generación de afectaciones a la moral, a derechos de terceros, perturbaciones al orden y a la paz pública, ni con la generación de delitos.⁴⁹ Es decir, no se pudo concluir que las conductas tipificadas por el artículo 191 vulneren los límites constitucionales a la libertad de expresión.

La mayoría del caso, soslayó las premisas normativas indicadas por el texto constitucional y se avocó a la construcción de una premisa normativa que le permitiera llegar a un resultado diferente al que le indicaban las

⁴⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 28, pp. 277 y ss.

⁴⁸ Amparo en revisión 2676/2003. Voto de minoría. pp. 6 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p.18.

premisas constitucionales. Para ello, entendiendo que el bien jurídico tutelado por el artículo 191, era la dignidad de la nación, se avocó a la tarea de determinar si dicho bien, tenía fundamento constitucional para, en consecuencia, ubicar una premisa constitucional que le permitiera sostener la constitucionalidad del artículo 191.

La mayoría explicitó este objetivo de la siguiente manera:

Por un lado, las normas constitucionales conceden libertades a los gobernados de manifestar sus ideas y de publicarlas o escribirlas, por otro, restringen a que tales actividades no ataquen a la moral, los derechos de terceros, a la vida privada, provoquen la comisión de algún delito o perturben el orden público y *que no se contrapongan a otra suerte de valores que recoja cualquier otro mandato constitucional*.⁵⁰

La alusión a cualquier otro valor constitucional es una referencia preocupante pues implica asumir el alejamiento conciente del camino textual trazado por el Constituyente.

La mayoría encontró ese valor a la luz de los artículos 3, 130 párrafo segundo, inciso c y 73 fracción XXIX-B.

Del artículo 30. constitucional, la mayoría extrae la idea de acuerdo a la cual, una de las funciones de la educación es fomentar el amor a la patria,⁵¹ lo que entonces les llevó a sostener que resultaría contraintuitivo no castigar la acción de quienes tratan irreverentemente a los símbolos patrios. Al respecto se podrían comentar dos cosas. Primero, en nuestra opinión, lo verdaderamente contraintuitivo es intentar fomentar el amor a la patria a través del derecho penal esencialmente retribucionista y coactivo.

Pero la crítica más importante a este argumento consistiría en sostener que en un estado constitucional de derecho, el derecho penal debe actuar como última *ratio*, es decir, de forma residual. Por otro lado, no debemos perder de vista que la tipificación de un delito es una intervención en los derechos fundamentales porque la Constitución establece un principio general de libertad.⁵² En consecuencia, esa intervención debe estar justificada en función de la protección de otros derechos o bienes y además

⁵⁰ Amparo en revisión 2676/2003, pp. 97 y 98.

⁵¹ *Ibidem*, p. 99.

⁵² Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 123.

debe existir proporción.⁵³ La mayoría no justificó la intervención en dichos términos.

Del artículo 130 la mayoría toma la norma constitucional que prohíbe a los ministros de culto agraviar de cualquier forma a los símbolos patrios y al respecto señalaron “El Constituyente ha establecido una prohibición expresa... Esto no significa, sin embargo, que otros sujetos no puedan tener la misma limitación”, y sustenta esta afirmación en tres razones: 1. Porque ni el artículo 130 ni ningún otro artículo constitucional prohíben de forma expresa castigar las conductas agraviantes o ultrajantes hacia los símbolos, 2. Porque el artículo 130 no limita la prohibición sólo a los sacerdotes, y 3. Porque de un diverso precepto constitucional es posible desprender que el Constituyente si buscó y quiso castigar este tipo de actos.⁵⁴ En las tres ideas reseñadas, la mayoría tiende a debilitar la idea misma de Estado de derecho. Justamente, el triunfo de dicha idea consiste en reglar la actividad de las autoridades, del ejercicio del poder, y que se persigan penalmente las conductas tipificadas y sólo ellas, etcétera. Pero además, en esta sección de sus argumentos, se aprecia con claridad el empleo de un argumento vedado en el contexto en el cual es empleado. Los ministros recurren a la analogía para extender la prohibición contemplada en el artículo 130 para los ministros de culto a todas las personas. La analogía está vedada en materia penal, y además, resulta inutilizable para restringir derechos,⁵⁵ en este caso, mediante la extensión analógica de un tipo penal a sujetos no contemplados en la norma. Aquí puede resultar necesario aclarar que si bien la analogía no se efectúa sobre una norma estrictamente penal, se realiza con la finalidad de aplicar una norma de tal carácter, por lo que los argumentos que impiden la analogía en dicho campo, son aplicables a la interpretación constitucional que persigue la aplicación de una norma penal.

Por último, del artículo 73 fracción XXIX- B, extraen el fundamento constitucional para la protección por vía penal de los símbolos patrios. Esta norma establece las facultades del Congreso de la Unión para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno naciona-

⁵³ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁴ Amparo en revisión 2676/2003, p. 100.

⁵⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 30.

les. De esta facultad y de sus antecedentes parlamentarios, la mayoría extrae dos premisas y una conclusión:

- a) de la interpretación histórica de esta regla se concluye que los símbolos patrios tienen fundamento constitucional y que su protección es un límite constitucional a la libertad de expresión;
- b) el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia penal;
- c) uno de los mecanismos de protección de los símbolos patrios es el establecimiento de tipos penales que castiguen las expresiones ultrajantes en su contra.⁵⁶

En relación con la primera premisa, la mayoría intenta sostenerla tomando como base un argumento histórico, basado a su vez en unas iniciativas de reforma discutidas en 1964 cuyos propósitos consistieron en el caso de una de ellas: elevar a los símbolos patrios a rango constitucional y, por su parte, la otra iniciativa pretendía facultar al Congreso a legislar en dicha materia. Es preciso mencionar que de la lectura de las transcripciones de las discusiones legislativas que realiza la misma mayoría, no se puede colegir de ninguna manera que los legisladores hubieran tenido en mente durante aquellas discusiones, establecer restricciones a la libertad de expresión, más bien, las deliberaciones tuvieron como objeto debatir acerca de si reglamentar o no la descripción, características y uso de la bandera, escudo e himno.⁵⁷

En relación entonces con el artículo 73 fracción XXIX-B, y de acuerdo a la interpretación realizada por la mayoría, se pueden extraer los siguientes enunciados:

- a) el Congreso tiene facultades para legislar sobre las características de los símbolos patrios;
- b) el Congreso tiene facultades para legislar en materia penal;
- c) el Congreso tiene facultades para castigar penalmente a quienes utilicen indebidamente los símbolos patrios.

⁵⁶ Amparo en revisión 2676/2003, p. 101.

⁵⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio. "De poemas, banderas, delitos y malas decisiones", en Vázquez Camacho, Santiago (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos*, México, Porrúa, 2007, p. 31.

Esta inferencia contiene lo que en lógica se denomina una falacia de composición por cuanto atribuye las características de las partes de un todo al todo.⁵⁸

Hasta aquí, nos hemos avocado a presentar el proceso de selección de las premisas con las cuales se decidió el caso. Apreciamos como la mayoría se alejó de los canales constitucionales sobre los cuales debería haber discurrido su labor interpretativa y su posterior argumentación.

VI. CONCLUSIONES

Los dos caminos elegidos en este caso para justificar la decisión, el de la mayoría y el de la minoría, nos permiten apreciar dos formas de asumir y comprender el control de constitucionalidad de leyes por parte del juez constitucional.

El primero, seguido por la mayoría, implicó un esfuerzo interpretativo que llevó a quienes lo siguieron, a adoptar una postura excesivamente deferente hacia el legislador y, consecuentemente, a alejarse del camino trazado por el Constituyente que había establecido diversas posibilidades restrictivas y sólo ellas. En este sentido y en última instancia, la deferencia hacia la Constitución fue escasa.

En segundo lugar, el alejamiento de lo prescrito por el Constituyente, motivado posiblemente por una valoración subjetiva opuesta al resultado que dejaba avizorar el texto constitucional, obligó al intérprete a identificar la premisa mayor de su justificación, mediando primero: una analogía restrictiva de derechos fundamentales, vedada por el texto constitucional, segundo, una interpretación originalista por la cual rastrear una intención de dudosa existencia y, por último, una falacia de composición conformada al considerar que dado que el Congreso tiene facultades para legislar en materia penal, ello implica de suyo la facultad de establecer un tipo penal como el contemplado por el artículo 191 del CPF.

Por el contrario, el camino tomado por la minoría, respetó a nuestro juicio, ciertos cánones ineludibles en aras del ejercicio de un correcto y menos dubitativo control constitucional. En primer término, asumió las restricciones constitucionales a la libertad de expresión como sendas

⁵⁸ Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 322. Esta falacia fue señalada por Francisca Pou en “El precio de disentir”, *ibidem*, p. 7.

obligadas para su labor interpretativa. Como consecuencia de ello, actuó respetando lo establecido por el Constituyente aunque no exento de dificultades debido a la amplitud de la norma constitucional. De este modo, su argumentación se mantuvo en un camino más seguro. Como consecuencia de esta postura inicial, limitó la complejidad de su proceso de justificación y procedió a realizar el juicio de razonabilidad entre cada restricción constitucional, el tipo penal y la conducta, concluyendo que el artículo 191 es inconstitucional pues sanciona conductas que no pueden transgredir las restricciones constitucionales. De este modo, cumplió también, con la verificación en sede interpretativa de la validez sustancial de la norma impugnada, consistente en la finalidad esencial del control constitucional en materia de derechos fundamentales.

El control constitucional es una tarea plagada de dificultades a algunas de las cuales nos hemos referido. En tiempos del neoconstitucionalismo en los cuales el juez constitucional ha expandido materialmente sus funciones, donde resulta en ocasiones depositario del poder de decir la última palabra en materia constitucional y debe trabajar con enunciados normativos que adolecen de una indeterminación textual significativa pero al mismo tiempo poseen una densa carga valorativa, posiblemente, la mayor dificultad que debe sortear el juez es el particularismo valorativo, es decir, lograr, la difícil tarea de no sucumbir totalmente ante sus propias opciones axiológicas, aunque por supuesto, ellas, en alguna medida siempre estarán presentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- _____, *El derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática para la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova, Madrid, Trotta, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico, Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas. 15. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, Dykinson, 2000.
- CARBONELL, Miguel, “Silenciar al disidente. La Suprema Corte de México contra la libertad de expresión”, *Isonomía*, núm. 24, abril de 2006.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, 2004.
- COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Jueces y derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones”, en VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos*, México, Porrúa, 2007.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- MENDONCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

- POU, Francisca, “El precio de disentir”, en VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, México, Trotta, 2005.
- _____, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- ROSENFELD, Michel, *La filosofía de la libertad de expresión en América. Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, en CARBONELL, Miguel (comp), México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2001.